

SUPREMACIA JUDICIAL, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL

Gustavo André dos Santos¹

RESUMO

O presente artigo traz uma abordagem acerca do diálogo interinstitucional no âmbito do controle de constitucionalidade. Retrata, brevemente, o tipo de controle de constitucionalidade e modelo de judiciário existente no Brasil. Em seguida, procura trazer alguns elementos que desmistificam a supremacia e o monopólio por qualquer instituição acerca da interpretação constitucional, bem como procura trazer exemplos de diálogos interinstitucionais no âmbito internacional e na própria experiência brasileira. Por fim, apresenta a perspectiva dialógica como alternativa para a dificuldade contramajoritária no Brasil, bem como para concretização da constituição.

PALAVRAS-CHAVE: SUPREMACIA JUDICIAL; CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL.

ABSTRACT

This paper presents an approach on institutional dialogue within the constitutional control. Describes briefly the type of judicial and legal model existing in Brazil. Then seeks to bring some elements that demystify the supremacy and monopoly by any institution about constitutional interpretation and seeks to bring examples of interinstitutional dialogue at the international area and brazilian experience in itself. Finally, it presents a dialogical perspective as an alternative to the countermajoritarian difficulty in Brazil, as well as for implementation of the constitution.

KEYWORDS: JUDICIAL SUPREMACY, JUDICIAL REVIEW, INSTITUCIONAL DIALOGUE.

¹ Mestrando em direito e instituições do sistema de justiça pela UFMA.



1 INTRODUÇÃO

O atual sistema político brasileiro definido na Constituição Federal de 1988 estabelece órgãos dentro do Estado voltados especificamente para atuação política por meio do governo e da legislação.

Trata-se da definição clássica de divisão de poderes prevista no art. 2º da Constituição Federal e pormenorizada na distribuição de competências entre os poderes consubstanciada nos artigos 44 a 135 da Lei Maior.

Tal configuração institucional prevê uma afetação específica da esfera política pelos Poderes Legislativo e Executivo, mas acaba por permitir uma ampla revisão judicial sobre a atividade de elaboração e execução das políticas públicas, sobretudo no âmbito do controle de constitucionalidade.

Ocorre que a formação do Direito no Brasil, enquanto sistema de conhecimento e prática cotidiana, remete a uma tradição herdada de Portugal e Espanha. Tal tradição, denominada de romano-germânica, diz respeito a um modo peculiar por meio do qual as normas são criadas e aplicadas no âmbito de um determinado Estado.

A tradição romano-germânica e os sistemas político-jurídicos dela derivados procuram, em termos ideais, respeitadas as peculiaridades e vicissitudes de cada país, promover mecanismos institucionais capazes de processar racionalmente as interferências e comunicações entre os sistemas político e jurídico (DAVID, 1996, p.118). Desse modo, o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário acaba sendo restrito, ou mesmo, inexistente nos sistemas oriundos dessa tradição (ARANTES, 2004, p. 82).

Em verdade, a engenharia constitucional definida na Constituição de 1988 se reporta a um sistema de divisão de poderes típica do constitucionalismo americano e de seu presidencialismo, tendo criado um Estado cujas relações entre o Poder Judiciário e os demais Poderes se dá nos moldes do sistema americano, mas cuja substância de seu trabalho ocorre na forma da tradição romano-germânica.

Assim, temos um Poder Judiciário estruturado nos moldes da *civil law* e que toma decisões com base na tradição europeia continental, mas, que ao mesmo tempo, possui competência para adentrar na seara política por meio de controles de constitucionalidade da atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo.



Contudo, não podemos olvidar a existência anterior de uma tradição também consagrada na Constituição (art. 5º, II e art. 37 da C.F.), que considera os atos normativos oriundos do Poder Legislativo como fontes primordiais e superiores do direito a ser aplicado pelos Tribunais.

A tal questionamento importa acrescentar a observação de que as políticas públicas pressupõem sua formulação de modo democrático e com a participação da sociedade, daí a própria composição dos Poderes Executivo e Legislativo por meio de eleição, ainda que não se ignore as limitações da democracia representativa liberal ocidental.

A questão que se impõe é qual a alternativa para enfrentar o paradoxo da dificuldade contramajoritária², tal como concebida por Alexander Bickel, no âmbito da experiência brasileira?

2 A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA E O CONTROLE INTENSIVO DE CONSTITUCIONALIDADE NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A peculiaridade da experiência brasileira, no âmbito do controle de constitucionalidade, é fundamental para percebermos a importância da construção de um diálogo interinstitucional como fator de legitimação democrática.

Ocorre que a clássica oposição entre liberdade e igualdade em face do direito de propriedade e sua repercussão sobre a formação dos controles de constitucionalidade alemão e norte-americano, pode trazer a pedra de toque ideal para entender a revisão judicial das leis no Brasil, constituindo-se em ferramenta para o entendimento dos sistemas jurídicos em países diversos, servindo como critério importante para a verificação da porosidade do sistema judicial brasileiro à política e ao espaço público em geral:

Na visão clássica, as leis da república são a expressão da vontade ilimitada dos cidadãos reunidos. Não importa o modo como o *ethos* da forma de vida política comum se espelha nas leis: esse *ethos* não constitui uma limitação, na medida em que obtém validade através do processo de formação da vontade dos cidadãos, ao passo que o princípio do exercício do poder no Estado de direito parece colocar limites a autodeterminação

² Como qualquer instituição contramajoritária pode ser justificada em um regime baseado na democracia majoritária?



soberana do povo, pois o “poder das leis” exige que a formação democrática da vontade não se coloque contra os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais. Ora, do Estado democrático de direito surgem, concorrendo uma contra a outra. O liberalismo e o republicanismo discutem, entre si, para saber qual das seguintes liberdades deve ter prioridade: a “liberdade dos modernos” ou a “liberdade dos antigos”? O que deve vir antes: os direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos da sociedade econômica moderna ou os direitos de participação política dos cidadãos democráticos? (HABERMAS, 2003, p. 153-154)

Assim, o aparente antagonismo liberdade em face da igualdade acabou por marcar a própria modelagem do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos e sempre foi objeto de preocupação da doutrina norte-americana:

Tudo isso apenas reforça o óbvio: qualquer que seja a explicação, e feitas as devidas ressalvas, o governo de acordo com o consentimento da maioria dos governados é o cerne do sistema norte-americano. No entanto, também é óbvio que a história não termina aí, já que uma maioria com poder ilimitado para determinar a política governamental tem todas as condições para conceder benefícios em detrimento da minoria restante, mesmo que não haja nenhuma grande diferença entre os dois grupos. Isso também é dado como certo desde o início, e, de fato, a Constituição contém vários tipos de dispositivos para combater tal prática, os quais examinaremos mais tarde. A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário: no direito, como na lógica, qualquer coisa pode ser inferida de uma contradição, e não adianta simplesmente afirmar que “a maioria governa mas a maioria não governa”. (ELY, 2010, p. 12).

Obviamente, a própria estruturação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos esteve sempre marcada por esse dilema, sendo que o controle difuso estadunidense foi moldado na própria tradição do direito anglo-saxônico levando em consideração o dilema liberdade x igualdade:



Desde que Suprema Corte foi colocada na condição de poder proferir a última palavra sobre questões gerais da sociedade americana, as possibilidades e limites desse arranjo institucional têm sido objeto de polêmica, justamente pela delicada interface que esse sistema estabelece entre o direito e a política, entre a perspectiva liberal que impõe freios à vontade majoritária e a perspectiva democrática que reivindica a legitimidade das decisões políticas como exclusividade dos órgãos representativos da soberania popular. (ARANTES, 2004, p. 90)

Apesar das críticas ao sistema americano, é importante destacar que se trata de um sistema de revisão judicial pela via de exceção, onde todo tribunal federal ou estadual poderá afastar a lei apenas no caso concreto, sendo que as vias recursais se encerram na decisão da Corte Suprema que unifica a jurisprudência. Além disso, questões acerca da competência e composição da Corte Suprema aliadas ao mecanismo de seleção de casos tornam este sistema distinto do modelo alemão e brasileiro.

Assim, a crítica dos europeus em torno de um “governo dos juízes” nos Estados Unidos deve ser considerada *cum grano salis*, tendo em vista o papel criativo do Poder Judiciário no direito consuetudinário anglo-saxônico e amenor intensidade do princípio da legalidade, tal como concebido no direito continental europeu.

Ocorre que um dos traços marcantes da família romano-germânica, a qual o sistema de direito brasileiro se filia, diz respeito ao papel primordial da lei, como ato normativo editado pelas casas legislativas, na ordem jurídica, sendo a lei o ponto de partida da atividade judicial.

Destaca-se, na família romano-germânica, a estruturação e composição do Poder Judiciário como uma hierarquia formada entre juízes de carreira, dotados, portanto, de uma psicologia mais insular e de uma formação preponderantemente técnica a nível universitário (DAVID, 1996, p. 123).

Zaffaroni (1995, p.103) reconhece a existência de um modelo judiciário técnico-burocrático caracterizado pelo ingresso na carreira judicante a partir da realização de concurso público baseado em critérios objetivos e universais, bem como percebe uma tendência à burocratização “carreirística” neste modelo.



Tal modelo de Judiciário “técnico” se insere na tradição romano-germânica justamente sob o pressuposto que o Poder Judiciário estaria submetido às leis, as quais já veiculariam as decisões políticas, limitando-se, o Poder Judiciário, à atividade de aplicação contenciosa do direito.

Diante disso, em face da necessidade de se conceber um controle de constitucionalidade capaz de responder satisfatoriamente ao antagonismo entre liberdade e igualdade dentro da tradição da *civil law*, o modelo concentrado adotado inicialmente na Áustria pretende combater os males da descentralização e da excessiva independência da magistratura geradora de um “governo de juízes”, pela busca de uma posição intermediária através de uma maior politização da corte constitucional e por meio da restrição do acesso ao tribunal:

O poder de examinar a constitucionalidade das leis e de invalidar leis inconstitucionais pode ser conferido, como uma função mais ou menos exclusiva, a um tribunal constitucional especial, enquanto os outros tribunais têm apenas o direito de solicitar ao tribunal constitucional o exame e a anulação das leis que eles têm de aplicar mas que considerem inconstitucionais. Essa solução do problema significa uma centralização da revisão judiciária da legislação. A possibilidade de uma lei emitida por um órgão legislativo ser anulada por outro órgão constitui uma restrição digna de nota. Tal possibilidade significa que existe, além do legislador positivo, um legislador negativo, um órgão que pode ser composto segundo um princípio totalmente diferente daquele do parlamento eleito pelo povo. Então, um antagonismo entre os dois legisladores, o positivo e o negativo, é quase que inevitável. Esse antagonismo pode ser diminuído estabelecendo-se que os membros do tribunal constitucional serão eleitos pelo parlamento. (KELSEN, 1992, p. 261)

Portanto, a importação pelo Brasil das experiências norte-americana e europeia continental alienada de seu contexto de origem, acabou por produzir um sistema ultradescentralizado de controle constitucional através da elaboração de um modelo híbrido, onde um Poder Judiciário inserido na tradição romano-germânica exerce um *judicial review* por via de exceção e também por via de ação, com ampla gama de legitimados para a provocação do incidente de constitucionalidade e



também com ampla gama de órgãos judiciais com poderes para exercer tal controle. Observa-se, portanto, um controle intensivo de constitucionalidade na experiência brasileira.

3 A ALTERNATIVA DIALÓGICA

O quadro retratado no item anterior parece induzir à constatação de que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro tente a ser intensivo, na medida em que permite uma constante fiscalização, quer abstrata, quer concreta, da constitucionalidade das leis e atos do poder público.

Além disso, cabe repisar que o direito constitucional brasileiro permite um acesso considerável à Corte Suprema pela estipulação de um rol vasto de legitimados para a provocação do controle concentrado (art. 103 da C.F.).

Por outro lado, qualquer juiz ou tribunal no Brasil pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Essa ampla possibilidade de controle de constitucionalidade traz consigo claramente a dificuldade contramajoritária antes mencionada, sendo uma preocupação relevante justamente em função da percepção de que o próprio desenho institucional parece estimular a formação de conflitos jurídico-constitucionais e a prevalência do Poder Judiciário, por consequência.

Barroso (2012, p. 2012) retrata a crítica quanto à capacidade institucional do Poder Judiciário, de isoladamente, dar conta da complexidade e vastidão dos conflitos constitucionais:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em certa matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de *efeitos sistêmicos* imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação do serviço público.



Ocorre que a tradição jurídica nacional tem, de modo predominante, visto as decisões proferidas em sede de *judicial review* como manifestações jurídicas da supremacia da constituição, na medida em que se baseiam na constituição como documento legal:

Não há dúvida de que exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. A introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis. (BONAVIDES, 2003, p. 301)

Prevalece, portanto, um entendimento que acaba por gerar uma supremacia judicial, por meio de uma relação adversarial com os demais poderes:

A mentalidade política que opera a interação institucional brasileira é dominada por uma “retórica do guardião entrincheirado”. Atribui ao tribunal, ao menos no discurso, uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia. (MENDES, 2011, p. 217)

Essa visão prevalente sustenta a visão de que o Poder Judiciário, sobretudo o STF, é o “guardião da Constituição” e, por isso, é o detentor da última palavra em matéria constitucional.

Ocorre que essa mentalidade predominante parece ignorar que a legitimidade moral da constituição não advém de sua faceta jurídica, de modo que a supremacia da constituição não implica necessariamente na supremacia do Poder Judiciário.

Segundo Marmor (2005, p. 149-150), no âmbito da experiência americana, os juristas têm dificuldade para entender como a justificativa normativa do controle de constitucionalidade é separada da questão envolvendo a legitimidade das constituições, de modo que, no meio jurídico, o caso *Marbury v. Madison* é apenas a expressão da supremacia jurídica da constituição. Contudo, em verdade, as questões constitucionais são eminentemente morais e políticas, de modo que é possível se questionar se as cortes constitucionais são as instituições mais



adequadas para tais deliberações acerca dos direitos fundamentais, dos limites da autoridade política e da estrutura do processo democrático, mormente quando se observa que os Tribunais se baseiam em um consenso, na verdade inexistente, acerca das decisões políticas constantes nas constituições.

Para Marmor (2005, p. 153), a legitimidade em que se baseiam as cortes constitucionais em torno de um suposto consenso que se visam proteger não resiste a uma análise mais apurada:

If this account of the nature of rights discourse is basically correct, then it should become clear why the argument from consensus is bound to fail. It fails because it relies on a widespread consensus which is illusory. It is true that in pluralistic societies we do tend to agree on the rights enshrined in the bill of rights, but this is a very tenuous agreement which breaks down as soon as conflict comes to the surface. Since it is conflict between rights, or rights and other values, that gets litigated in the constitutional cases, we are bound to discover that there is not going to be any consensual basis on which such conflicts can be resolved.

Na verdade tais questionamentos, mais do que deslegitimarem o *judicial review* servem para trazer à tona a necessidade de uma perspectiva que ultrapasse a lógica binária do tudo ou nada, no âmbito das decisões em sede de controle de constitucionalidade.

No âmbito brasileiro, é perceptível que o Poder Judiciário, sobretudo o STF, foicolidado em posição de destaque na guarda da constituição. Contudo, isso não afasta a possibilidade de discussão em torno de uma leitura rígida sobre o tipo de guarda exercida pelo STF e sobre as reais vantagens de se decidir na esfera judicial sobre todo e qualquer assunto.

Ocorre que a visão tradicional traz consigo a perspectiva “da última palavra”, a qual atribui a Corte Suprema a tarefa de fixar em definitivo a interpretação correta da constituição, sendo que tal tarefa se realiza dentro de categorias jurídico-processuais que procuram estabelecer a procedência ou improcedência da ação, onde a constitucionalidade e inconstitucionalidade restam configuradas a partir de limites estanques.

Tais questionamentos são relevantíssimos para o modelo brasileiro, pelas razões já expostas acerca do “radicalismo jurídico” de nosso



sistema, sobretudo porque estamos atrelados em uma tradição em que o Poder Judiciário possui uma formação muito mais técnica e com menor controle social e político.

Além disso, são importantes para desmistificar a retórica do “guardião da constituição” tão presente no meio jurídico nacional e que gera distorções e problemas, a partir de uma perspectiva mais aberta e democrática.

Segundo Mendes (2011), a retórica messiânica da “última trincheira” é prejudicial porque afasta o legislador do processo de interpretação do significado da constituição, além de isentá-lo de responsabilidade por seus atos em face do texto constitucional, fazendo com que o poder legislativo permaneça protegido dos ônus políticos de certas decisões difíceis, bem como estimula sua passividade no âmbito das discussões constitucionais. O autor também destaca que tal concepção subestima a possibilidade e consequências do erro judicial.

Aqui, as contribuições do método hermenêutico concretista da constituição aberta parecem trazer essa perspectiva dialógica que nos referimos, uma vez que a comunidade de intérpretes pressupõe um diálogo interinstitucional:

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes da perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ela coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ela atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (Öffentlichkeit) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição (HÄRBELE, 1997, p. 29).



Desse modo, o diálogo apresenta-se como instrumento de legitimação das cortes constitucionais e também de concretização da constituição, mormente nas sociedades pluralistas e complexas da contemporaneidade, onde o consenso parece se restringir ao procedimento democrático, de modo que tal legitimidade é erigida quando as cortes se abrem à comunidade de intérpretes:

E, na verdade, somente se pode garantir uma sociedade pluralista quando há consensos construídos racionalmente, abarcando todos os interessados, de forma que estes podem se sentir não apenas destinatários das normas, mas também seus autores. Por este motivo é importante que haja uma institucionalização legal das condições gerais de comunicação capaz de garantir uma formação discursiva da vontade (BOTELHO, 2010, p. 157).

Assim, na medida em que a corte constitucional democratiza sua atividade e compartilha o ônus e a responsabilidade da tomada de decisões em matéria constitucional, abre espaço para a concretização da constituição, uma vez que provoca o Legislativo, bem como incentiva o debate no âmbito da sociedade, fazendo que o processo de interpretação se confunda com sua concretização na medida em que governo, administração, parlamento e sociedade civil são instados a enfrentar tais questões, remetendo a norma constitucional para a realidade e tornando-a concreta.

4 EXEMPLOS DE DIÁLOGO

O direito comparado traz exemplos de práticas dialógicas entre cortes constitucionais e parlamentos, para tanto primeiramente nos valeremos da classificação utilizada por Waldrom (2013, p. 1355) acerca dos sistemas fracos de revisão judicial, os quais são percebidos como sistemas em que as cortes podem até verificar a conformidade da legislação com os direitos constitucionais, contudo não podem deixar de aplicá-la. Aqui se trata de uma perspectiva exógena, isto é, decorrente do próprio desenho institucional e dos mecanismos formais de relacionamento entre os poderes.

Segundo o Waldrom(2013), no Reino Unido é possível ocorrer uma declaração de incompatibilidade do direito interno em face da declaração europeia de direitos humanos, sem que ocorra a anulação da



norma, a qual é submetida a nova apreciação do parlamento, inclusive havendo a possibilidade da utilização de um rito mais célere para que seja corrigida a incompatibilidade. Além disso, destaca a experiência canadense, onde a corte suprema tem poderes para anular a lei, mas há a previsão normativa autorizando a discordância do Legislativo, de maneira a revogar a decisão judicial, ainda que a utilização de tal instituto seja incomum.

Contudo, mesmo dentro de sistemas de revisão judicial forte como o americano e brasileiro, onde as cortes têm poder para recusar a aplicação da lei por inconstitucionalidade ou mesmo alterar consideravelmente a intenção legislativa pela via interpretativa, existe a perspectiva dialógica endógena, isto é, no âmbito da própria atividade da Corte que abre espaço para o diálogo.

Mendes (2011) discorre sobre diversos teóricos que prelecionam o diálogo no interior da decisão judicial. Cita Alexander Bickel como defensor de uma postura menos intervencionista voltada para o exercício das chamadas virtudes passivas, as quais decorrem da percepção de que as cortes são políticas, mas possuem uma dimensão jurídica que deve prevalecer, de modo que o exercício da tensão entre argumentos de princípio e de conveniência e oportunidade é trabalhado também pela Corte, contudo sob a predominância dos argumentos de princípio, de modo que a prudência é a recomendação fundamental para a garantia da dimensão principiológica de sua atuação, evitando-se, assim, a imposição de regras à sociedade. Tais virtudes passivas são exercidas por meio de técnicas de não-decisão que evitam o pronunciamento sobre o caso.

Trata-se de uma visão que procura superar a dimensão binária constitucionalidade/inconstitucionalidade, a partir uma posição intermediária de uma prática constitucional gradual de tentativa e erro, onde o tribunal funciona como um professor da cidadania que estimula o colóquio socrático dos temas constitucionais. Assim, a decisão deve somente ocorrer quando parecer uma consequência natural desse colóquio.

Para CassSustein, segundo Mendes (2011) o difícil controle em torno da faculdade de não decidir, pode ser superado pela obrigação de decidir o mínimo, deixando-se questões fundamentais abertas e analisando-se o caso concreto sem a utilização de raciocínios dedutivos. Ao passo que para Katyal é possível uma postura ativa da corte, mas que ocorra de modo suave por conselhos e recomendações.



No âmbito do STF podem ser detectadas técnicas de não-decisão que lidam com a variável temporal, tais como a definição da pauta de julgamento, o voto-vista e a decisão liminar em medida cautelar, as quais podem ser utilizadas para o amadurecimento do tema ou para devolvê-lo à discussão na arena pública, mas raramente são usadas na perspectiva do uso construtivo do silêncio, conforme ensina Sustain, sendo usadas frequentemente para congelar o debate constitucional (MENDES, 2011). Além disso, podemos incluir, como exercício de uma virtude ativa, a técnica da proporcionalidade.³

4 PARA ALÉM DA ÚLTIMA PALAVRA

Como se viu no item anterior, existem possibilidades de diálogo, quer de fora, quer de dentro da decisão judicial, de maneira que a dificuldade contramajoritária pode ser enfrentada para além dos argumentos tradicionais que impõem uma supremacia judicial, sem prejuízo da natureza jurídica da constituição, razão mesma de ser do constitucionalismo.

A desconstrução da supremacia judicial, cuja abordagem da “última palavra” é decorrência, não implica necessariamente no enfraquecimento do controle de constitucionalidade e do Poder Judiciário. Trata-se, na verdade, de uma tentativa de compatibilizar a tensão entre o princípio republicano democrático e o princípio liberal de contenção das maiorias:

Não se trata de pura subordinação do procedimento à substância, ou de negar dever de obediência a uma decisão judicial ou legislativa porque entendemos que elas violam um parâmetro moral. Os problemas de uma posição são bem conhecidos. Sustento, apenas, que é desejável que poderes desafiem uns aos outros (já que, como vimos no último capítulo, essa é sempre uma possibilidade em aberto ao longo do tempo) desde que articulem razões de melhor qualidade. Não dissolvo a autoridade: decisões continuam a ser obrigatórias, mesmo que delas discordemos. A democracia, contudo, tem a

³ Segundo Stone-Sweet, nos contextos em que essa técnica impregnou o discurso jurídico de modo bem-sucedido, o judiciário induz os outros poderes a pensar nos seus próprios papéis em termos de proporcionalidade. Cria, portanto, uma linguagem comum pela qual os poderes podem se comunicar e, inclusive, esforçar-se para persuadir a corte da validade de seus atos (MENDES, 2011, p. 128).



ganhar se um padrão como a razão pública estimular o desafio deliberativo entre os poderes. (MENDES, 2011, p. 195)

Portanto, é possível se falar na inexistência de um monopólio do Poder Judiciário acerca do sentido da constituição, sem que isso implique em prejuízo para sua autoridade sobre o assunto, de modo que a decisão judicial em matéria constitucional não encerra a discussão, podendo, em um ambiente democrático e aberto, inclusive reacendê-la, na medida em que nas democracias constitucionais as Corte Supremas possuem idêntica submissão à constituição e à opinião pública.

Souza Neto (2013, p. 409) retrata exemplos de diálogo interinstitucional no Brasil, onde o STF, no âmbito da ADI nº 3.772, aceitou a correção legislativa de sua interpretação, sumulada inclusive, do art. 40, 5º e 201, §8º da Constituição por meio da Lei nº 11.430/2006. Cita, ainda, a decretação da inconstitucionalidade do IPTU progressivo que provocou a reação do Congresso por meio da EC 29/2009 admitindo a progressividade anulada pelo STF. Destaca, também, a decisão do STF que afastava a regra originária do teto constitucional para o funcionalismo público sobre as “vantagens pessoais”, o que provocou a edição da EC 19/1998, tendo o STF posteriormente exigido a prévia iniciativa de lei conjunta do Presidente da República, do Congresso e do STF, o que provocou a edição da EC 42/2003 para determinar a aplicabilidade imediata do teto.

Barroso (2011, p. 440), também ressalta a relação complexa e dinâmica entre o poder judicial e a opinião pública, tendo em vista o caráter democrático de nosso regime, bem como destaca a novidade da percepção sobre esse fenômeno:

O poder de juízes e tribunais, como todo poder político em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. Embora tal assertiva seja razoavelmente óbvia, do ponto de vista da teoria democrática, a verdade é que a percepção concreta desse fenômeno é relativamente recente. O distanciamento em relação ao cidadão comum, à opinião pública e aos meios de comunicação fazia parte da autocompreensão do Judiciário e era tido como virtude. O quadro, hoje, é totalmente diverso. De fato, a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo, quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento consti-



tucional. Cortes Constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade.

Assim é possível a reação da opinião pública, bem como dos demais poderes em face de decisões judiciais no controle de constitucionalidade, obviamente dentro dos parâmetros do Estado de Direito, sendo que tal debate pode ocorrer por meio da repetição do conteúdo do ato normativo anulado⁴, pela aprovação de uma emenda constitucional, bem como pelo debate acadêmico, nos meios de comunicação e pela pressão da opinião pública.

Por outro lado, a própria corte pode estimular tal debate pelo uso controlado de virtudes passivas ou ativas que fomentem o debate, utilizando-se, criteriosamente, de técnicas de não-decisão ou decisões minimalistas que incentivem a discussão no espaço público.

Além disso, a redefinição de instrumentos constitucionais já existentes como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, podem servir como importante meio para o exercício de tal diálogo. O mandado de injunção, tal como reutilizado na nova leitura do STF acerca da greve no setor público⁵, pode aquecer o debate e forçar respostas legislativas e administrativas, ao passo que uma maior divulgação das decisões de procedência nas ações diretas por omissão pode contribuir para uma maiorexposição dos demais poderes diante da opinião pública.

5 CONCLUSÃO

Portanto, a perspectiva dialógica aparece como uma alternativa interessante para aliviar a irritação de um sistema de controle intensivo de constitucionalidade como o brasileiro, bem como permite a divisão dos ônus e responsabilidadesem torno das questões constitucionais.

Desse modo, superando-se uma postura monopolista que pouco contribui para assunção dos compromissos constitucionais pelos demais poderes e pela sociedade, é possível que, sem afastar a força

⁴ A coisa julgada, entretanto, não “congela (“engessa”) de modo definitivo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já que no Brasil, como nos demais países (EUA, por exemplo), a alteração das circunstâncias fáticas pode autorizar o deslocamento da compreensão constitucional de dada matéria (CLÉVE, 2000, p. 240).

⁵ MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.



normativa da constituição, a discussão em torno de temas difíceis não seja encerrada na decisão judicial e possa inclusive ser enriquecida por desafios lançados pela Corte Suprema, pelo Parlamento ou pela opinião pública.

Assim, a decisão judicial longe de ser um fim, apenas encerra uma rodada de interpretação sobre determinado assunto, o qual certamente não será definitivamente encerrado caso permaneçam arestas na sociedade a serem aparadas.

Outrossim, diante de um sistema de controle de constitucionalidade intensivo e com baixo controle social e político como o brasileiro, a perspectiva dialógica aparece como mecanismo de reforço à legitimação democrática do Poder Judiciário e ao aperfeiçoamento da interpretação constitucional no seio de uma sociedade pluralista e complexa, permitindo uma efetiva aberturada atividade de fiscalização constitucional à comunidade de intérpretes, bem como promovendo a assunção da responsabilidade pela concretização da constituição por todos os setores da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988**. Texto Compilado. Obtida via internet. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > . Acesso em 11 de fevereiro de 2013 BRASIL.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 708**, Impetrante: Sintem – Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília: 25.10.2007. Obtido via internet. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=708&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> > . Acesso em 18.07.2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.



_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica de jurisprudência.** 6. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012..

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para Uma Crítica do Constitucionalismo.** São Paulo: QuartierLatin, 2008.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: RT, 2000.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I e II.

HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory.** 2. ed. rev. Oregon: Hart Publishing, 2005.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal.** Obtida via internet. Disponível em: < <http://www.fortthomas.kyschools.us/userfiles/363/Classes/10174/CoreofCaseAgainstJudicialReview.pdf>. > Acesso em 17 de julho de 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

